

LOS DERECHOS DE LA CARTA EUROPEA DE DERECHOS

Ricardo García Manrique

Esade-Universitat Ramon Llull

SUMARIO: *Introducción.—La estructura de la Carta: su división en capítulos.—La remisión a las leyes nacionales, al Derecho Comunitario y al Convenio Europeo de Derechos Humanos.—Los derechos de ciudadanía.—La vaguedad de los derechos económicos y sociales.—La ausencia de derechos políticos.—La propiedad no es (o no debe ser) un derecho fundamental.—Conclusión.*

1. INTRODUCCIÓN: HACIA UNA POLÍTICA EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS Y HACIA UNA CONSTITUCIÓN EUROPEA



A proclamación de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en adelante, «la Carta»)¹ constituye un paso más en el camino de la unificación europea y, en particular, un paso en el camino hacia la definición de una política europea de derechos humanos y hacia el establecimiento de una Constitución para la Unión. Por este motivo, los partidarios de una Europa social y política

¹ La Carta fue «proclamada» conjuntamente por los presidentes del Parlamento, el Consejo y la Comisión Europeas, el 7 de diciembre de 2000, con ocasión del Consejo Europeo de Niza. Su texto

deben sentirse al menos moderadamente satisfechos con la Carta, con independencia de su contenido concreto y de la posición que acabe ocupando en el Derecho Comunitario; por supuesto, el grado de su satisfacción vendrá determinado por estas dos circunstancias ².

En efecto, desde ahora en adelante, la Carta debe ser el punto de referencia de una política europea de derechos humanos. Hasta su aparición, el Derecho Comunitario no contenía una expresa declaración de derechos; cierto es que la labor jurisprudencial del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea había consagrado los derechos humanos como principios generales del Derecho Comunitario, y que el Tribunal había recurrido, para determinar cuáles son esos derechos, a las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros y a los tratados internacionales en materia de derechos humanos suscritos por los mismos, en especial al Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950. También es cierto que, aunque los tratados fundacionales no contenían referencias a los derechos humanos, el Derecho Comunitario había ido incorporando algunas a partir del Acta Única Europea y más claramente con la aprobación de los Tratados de Maastricht y de Amsterdam ³. Sin embargo, una materia tan importante como ésta no podía dejarse indefinidamente en manos jurisprudenciales ni remitirse a textos ajenos al propio Derecho Comunitario. A partir de ahora, la Unión Europea dispone de una declaración de derechos propia y parece que cualquier política de derechos humanos que se adopte, tanto a nivel

fue preparado por una Convención reunida al efecto, en cumplimiento de la decisión del Consejo Europeo de Colonia, celebrado los días 3 y 4 de junio de 1999. Sobre la elaboración de la Carta, véase por ejemplo M. PI LLORENS, *La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Barcelona, Centre d'Estudis Internacionals, 2002, cap. II.

² Sobre la necesidad de una política europea de derechos humanos, véanse por ejemplo P. ALSTON y J. H. H. WEILER: «An 'Ever Closer Union' in Need of a Human Rights Policy: The European Union and Human Rights», en P. Alston (ed.), *The European Union and Human Rights*, Oxford University Press, 1999; véase también una crítica de este trabajo y de la política europea de derechos humanos que propone en A. V. BOGANDY: «The European Union as a Human Rights Organization? Human Rights and the Core of the European Union», en *Common Market Law Review*, núm. 37, 2000, pp. 1307-1338. Sobre la pertinencia de una Constitución Europea, puede verse el trabajo de J. HABERMAS, «Por qué Europa necesita una Constitución», en *New Left Review*, edición española, núm. 11, 2001, pp. 5-25.

³ Sobre esta evolución legal y jurisprudencial del Derecho Comunitario en materia de derechos humanos, véanse por ejemplo A. G. CHUECA SANCHO: *Los derechos fundamentales en la Unión Europea*, Barcelona, Bosch, 2.ª ed., 1999, partes primera y segunda; M. PI LLORENS: *Los derechos fundamentales en el ordenamiento comunitario*, Barcelona, Bosch, 1999; y, más sintéticamente, V. ABELLÁN, «Los derechos humanos en la Unión Europea», en A. Marzal (ed.), *Los derechos humanos en la Unión Europea*, Barcelona, Esade/J. M. Bosch, 2002, pp. 37-55.



interno como a nivel externo, deberá tener en cuenta esta declaración por encima de cualquier otro documento. Por otra parte, hoy no es posible pensar en una Constitución que no incluya una declaración de derechos como pieza fundamental. Todas las Constituciones europeas lo hacen así, y una futura Constitución Europea tendrá que hacerlo también. La Carta de Niza se convierte a partir de ahora en el referente a tener en cuenta cuando llegue el momento de elaborar una tal Constitución, y no sólo en tanto declaración de derechos, sino en cuanto que la aceptación de los derechos humanos fundamentales supone, de por sí, un buen número de exigencias respecto de la estructura orgánica que la Constitución debe también incluir. Tal como se ha definido en la Carta, sus derechos exigen, por ejemplo, elementos tan sustanciales como el establecimiento de un Estado social de Derecho y de un poder judicial independiente⁴.

Como he señalado, dos cualidades de la Carta deben graduar la satisfacción de los partidarios de una Europa de los derechos. En primer lugar, la posición jurídica que le vaya a corresponder; en segundo lugar, los derechos que han sido incluidos en la Carta y el modo en que lo han sido. En cuanto a la posición jurídica de la Carta, sabido es que no ha sido incorporada a los tratados constitutivos y que no tenemos la certeza de que vaya a ser así en el futuro (el Consejo Europeo de Niza decidió retrasar el estudio del posible valor jurídico de la Carta a su agenda para el 2004); de momento, es una cuestión abierta que genera muchas dudas. En todo caso, con independencia de cómo se resuelva, es posible ofrecer algunas razones para valorar positivamente la mera existencia de la Carta: en primer lugar, el hecho de que las declaraciones de derechos han jugado un papel muy importante en la historia del mundo moderno, incluso al margen de su valor jurídico formal, en tanto criterios supremos de legitimidad política y jurídica (piénsese, por ejemplo, en la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, de 1789, y en su larga y formidable influencia); en segundo lugar, la Carta ha sido redactada «como si» fuese a tener valor jurídico formal, de modo que su entrada en vigor no requeriría reajustes en

⁴ Acerca de la posición de la Carta en el proceso de constitucionalización europea, véase P. PÉREZ TREMPs: «La Carta Europea de Derechos Fundamentales: ¿un primer paso hacia una futura Constitución Europea?», en *Azpilcueta. Cuadernos de Derecho*, núm. 17, 2001, pp. 29-40. Pérez Tremps se muestra cauto sobre el valor que cabe atribuir a la Carta en dicho proceso; una valoración mucho más optimista, aunque menos fundamentada, es la de J. A. CARRILLO SALCEDO, en «Notas sobre el significado político y jurídico de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea», en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 9, 2001, p. 26.

su texto⁵; en tercer lugar, al margen de la posición jurídica que le corresponda, la Carta no podrá ser ignorada por las instituciones comunitarias, en especial por el Tribunal de Justicia; cuando menos, supondrá una referencia programática e interpretativa ineludible⁶.

En cuanto al contenido de la Carta (esto es, los derechos que reconoce y el modo en que lo hace), propongo en lo que sigue algunas consideraciones críticas que permitan formarse una opinión de su valor. Debo advertir que éste no tiene por qué coincidir con el valor que se atribuya a las labores que condujeron a su aprobación, pues sus redactores (la «Convención») estaban limitados por el mandato del Consejo Europeo de Colonia y, más precisamente, por la remisión que dicho mandato hizo al Convenio Europeo de Derechos Humanos y a otros textos, hasta el punto de que puede decirse que las labores de la Convención fueron más de recopilación que de creación⁷; además, la Convención debía evitar «un catálogo de derechos tan exhaustivo, innovador y utópico que resulte jurídicamente inaplicable y políticamente inasumible por la Unión y por los Estados miembros»⁸. No tendré en cuenta estas circunstancias, y dedicaré mi análisis al texto tal como fue proclamado; bien podría suceder que el catálogo *correcto* de

⁵ «Aun cuando en los meses previos a la cumbre de Niza había ya fundadas sospechas de que la Carta no tendría al final valor vinculante, sus autores la redactaron como si hubiera de tenerlo. De aquí que, si en un futuro más o menos próximo se decidiera que la Carta ha de ser plenamente obligatoria, no sería necesario alterar o enmendar en lo más mínimo su actual tenor literal: es como una máquina completamente acabada, que sólo espera su puesta en marcha para desplegar toda su potencia» (L. M. Díez-Picazo: *Constitucionalismo de la Unión Europea*, Madrid, Civitas, 2002, pp. 22-23). Esta forma de redactar el documento responde a la llamada «doctrina del *como si*» [fuese a tener valor jurídico], que, según parece, fue propuesta por el presidente de la Convención, Roman Herzog (véase G. Braibant: «Les enjeux pour l'Union», en *Regards sur l'actualité*, núm. 264, especial «Vers une Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne», 2000, p. 12).

⁶ «En tanto documento oficial de la UE [La Carta], ha empezado ya a ser invocada como fundamento en la interpretación de los derechos que integran el *acervo comunitario*: tanto por el Abogado General del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas como por los Tribunales nacionales» (A. Rodríguez-Bereijo: «La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea», en *Revista de Derecho de la Unión Europea*, núm. 1, 2001, p. 53; Rodríguez-Bereijo fue representante personal del Jefe del Gobierno Español en la Convención). Sobre el valor jurídico de la Carta, véase el interesante trabajo de R. Alonso García: «Fuerza (indirecta) y autonomía (moderada) jurídicas de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea», en *Azpilcueta. Cuadernos de Derecho*, número 17, 2001, pp. 49-62.

⁷ Así lo destaca, por ejemplo, M. Pi I Llorens: *La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, cit., pp. 48-49. En otras palabras, «la Convención carecía de legitimidad política para crear Derecho nuevo» (A. Fernández Tomás: «La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea: un nuevo hito en el camino de la protección», en *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 214, 2001, p. 18).

⁸ A. Rodríguez-Bereijo, «La Carta...», cit., p. 52.



derechos humanos tenga que ser más exhaustivo o innovador o utópico de lo que la Unión y los Estados miembros consideran *asumible*. Conformarse con lo asumible puede ser necesario, pero ello no supone confundirlo con lo correcto. En todo caso, mi intención no es llevar a cabo un análisis exhaustivo del texto ni, mucho menos, proponer una valoración integral del mismo, sino sólo poner de relieve algunos aspectos de su contenido, aquéllos que considero más problemáticos. Comenzaré con dos observaciones de carácter general sobre la estructura de la Carta (epígrafe 2) y sobre su frecuente remisión a las leyes nacionales (3); continuaré con el examen del modo en que han sido reconocidos (o no reconocidos) tres grupos de derechos: los derechos de ciudadanía (4), los derechos políticos (5) y los derechos económicos y sociales (6); y dedicaré una mención especial al hecho del reconocimiento de la propiedad privada como derecho fundamental (7); y concluiré con una propuesta de valoración de la Carta (8).

2. LA ESTRUCTURA DE LA CARTA: SU DIVISIÓN EN CAPÍTULOS

La Carta está dividida en un preámbulo y siete capítulos; los seis primeros contienen los derechos reconocidos y el séptimo contiene algunas disposiciones generales. En esta estructura, la Convención estuvo claramente condicionada por el mandato del Consejo europeo de Colonia, que determinó que la Carta contuviese tres grupos de derechos, a saber: los derechos de libertad e igualdad y los principios procesales fundamentales; los derechos básicos que corresponden únicamente a los ciudadanos de la Unión; y los derechos económicos y sociales. Si comparamos estos tres grupos de derechos con los capítulos de la Carta, podemos deducir fácilmente que los derechos del primer grupo se recogen en los capítulos I (dignidad), II (libertades), III (igualdad) y VI (justicia); los del segundo grupo se recogen en el capítulo V (ciudadanía); y los del tercer grupo se recogen en el capítulo IV (solidaridad). Esta estructura adolece, a mi juicio, de algunos defectos, que se refieren al modo de considerar la dignidad, a la restricción de la igualdad a su aspecto formal, a la confusión de la solidaridad con la dimensión social o material de la igualdad y a la extraña ubicación de algunos derechos.

a) *La dignidad humana no debe ser considerada como un derecho ni como un grupo de derechos.* La dignidad humana es el valor intrínseco y

específico que poseen todos los seres humanos, es decir, el valor que poseen por el hecho de pertenecer al género humano. En la Nota del Praesidium se lee: «La dignidad humana no sólo es en sí un derecho fundamental sino que constituye la base misma de los derechos fundamentales»; sin embargo, la dignidad difícilmente puede ser ambas cosas a la vez. La dignidad debe ser considerada, en efecto, como la base o el fundamento de todos los derechos fundamentales pero, por esta misma razón, no puede ser considerada como un derecho fundamental, pues todos los derechos fundamentales sirven a su respeto y a su desarrollo. Precisamente es la conexión de un derecho con la dignidad humana la que lo convierte en derecho fundamental (en otras palabras: un derecho fundamental puede definirse como un derecho cuyo fin es garantizar el respeto y desarrollo de la dignidad humana)⁹. Igualmente, no hay motivo para considerar especialmente vinculados con la dignidad humana a unos derechos más que a otros, una vez que han sido considerados «fundamentales» con base en dicha vinculación, luego no parece oportuno considerar a la dignidad como un grupo de derechos.

b) *La igualdad no puede reducirse a su dimensión formal.* Entendida como valor inspirador de la idea de los derechos fundamentales, la igualdad ha sido concebida como igualdad jurídica, esto es, como valor que justifica la adscripción universal de ciertos derechos; ahora bien, entendida como valor inspirador del contenido de los derechos fundamentales, la igualdad ha sido asociada históricamente con el reconocimiento de los derechos económicos y sociales, es decir, ha sido entendida en un sentido social

⁹ Véase la articulación entre dignidad, valores y derechos que propone G. PECES-BARBA, en *Ética, poder y Derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1995, pp. 59 y ss.; más recientemente, Rafael de Asís ofrece una caracterización similar de la relación entre dignidad humana, capacidad de elección moral y derechos fundamentales, en R. DE ASÍS: *Sobre el concepto y el fundamento de los derechos: una aproximación dualista*, Madrid, Univ. Carlos III y Dykinson, 2001, pp. 31-37 (véase, en especial, nota 73 en p. 37). En cuanto a la fuerza normativa de la idea de dignidad, véase el trabajo de EUSEBIO FERNÁNDEZ: «La dignidad de la persona», incluido en VV AA, *Valores, derechos y Estado a finales del siglo XX*, Madrid, Universidad Carlos III y Dykinson, 1996, pp. 149-159. Esta vinculación entre dignidad y derechos fundamentales está presente también en la Constitución Española, en su artículo 10.1, que se refiere a «derechos inherentes» a la dignidad humana, sin duda algunos (aunque no se sabe si todos) de los después enunciados como fundamentales. En cuanto a la interpretación del concepto de dignidad por parte del Tribunal Constitucional, son especialmente interesantes los fundamentos jurídicos 3.º y 8.º de la STC 53/1985. Por su parte, la Declaración Universal de los derechos humanos establece, en el primer considerando de su Preámbulo que «la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana», para después establecer, en su artículo 1.º: «Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos...».

o material. Con otros términos, *todos* los derechos fundamentales son derechos de igualdad, en el sentido de que son atribuidos a todos los individuos *por igual*; pero *sólo algunos* derechos fundamentales son considerados, en sentido estricto, derechos de igualdad, en el sentido de que promueven la igualdad de las condiciones materiales de vida¹⁰. Sin embargo, la Carta recoge buena parte de estos derechos de igualdad en sentido estricto bajo la rúbrica de la «solidaridad», y como «derechos de igualdad» incluye la igualdad ante la ley, la no discriminación, la igualdad entre los sexos, y los derechos del menor, de las personas mayores y de los discapacitados. La Convención, seguramente forzada por el mandato del Consejo europeo, opta, pues, por entender la igualdad en un sentido formal, es decir, como igualdad jurídica o igualdad ante la ley, alejándose de la historia constitucional europea y sobre todo de la teoría de los derechos humanos, pero, al mismo tiempo, incluye derechos que no pueden entenderse asociados a la igualdad formal, como son aquellos que protegen la situación de especial debilidad de algunos grupos sociales (las mujeres, los niños, las personas mayores, los discapacitados): el resultado es un grupo heterogéneo de derechos que no responde a lo que se suele entender por derechos de igualdad.

c) *La solidaridad no debe confundirse con la dimensión social o material de la igualdad*. En el discurso de los derechos humanos, la solidaridad como valor inspirador de los mismos hizo su aparición después de la consolidación de los derechos económicos y sociales; por eso es extraño que la Carta incluya a éstos como «derechos de solidaridad» y no como derechos de igualdad. De nuevo en este caso, es posible que la Convención se haya visto forzada por el mandato del Consejo europeo, que distinguía entre derechos de igualdad y derechos económicos y sociales. De hecho, la inclusión del valor de la solidaridad en el mundo jurídico ha sido y es discutida, puesto que, para muchos, la solidaridad pertenece al ámbito de la ética privada¹¹. En todo caso, no debería asociarse con los derechos econó-

¹⁰ Como ejemplo, véase A. E. PÉREZ LUÑO: *Los derechos fundamentales*, Madrid, Tecnos, 1988, p. 183; o L. PRIETO: *Estudios sobre derechos fundamentales*, Madrid, Debate, 1990, pp. 126-129 y 188.

¹¹ Sobre el debate acerca del alcance jurídico de la solidaridad, y su distinción con la igualdad, pueden verse los trabajos de J. GONZÁLEZ AMUCHASTEGUI: «Notas para la elaboración de un concepto de solidaridad», en *Sistema*, núm. 101, 1991; G. PECES-BARBA: «Seguridad jurídica y solidaridad como valores superiores de la Constitución Española», en id., *Derecho y derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, en especial pp. 315-318; J. DE LUCAS, *El concepto de solidaridad*, México, Fontamara, 1993, pp. 28-34; y E. FERNÁNDEZ: «La solidaridad», en VV AA, *Valores, derechos y Estado a finales del siglo XX*, cit., pp. 137-144, donde escribe:

micos y sociales sino, más bien, con una garantía humanitaria universal mínima (que la Carta no establece, o no con la suficiente claridad) y/o con los derechos de cuarta generación, que vinculan a los ciudadanos de una asociación política con el resto de habitantes de la tierra y a las generaciones presentes con las generaciones futuras (así, por ejemplo, el derecho al desarrollo sostenible, el derecho al patrimonio común de la humanidad, el derecho a la paz o el derecho al medio ambiente)¹².

d) *La extraña ubicación de algunos derechos*. Algunos derechos de la Carta aparecen extrañamente ubicados, en parte quizá como consecuencia de la distribución en categorías (capítulos) por la que se ha optado. Tres casos claros son los siguientes: 1) la prohibición de la esclavitud y del trabajo forzado (art. 3), incluida en el capítulo de la dignidad, bien podría estar en el de libertades; 2) el derecho a la educación (art. 14.1 y 2) no es una «libertad», sino un derecho social, y debería figurar, por tanto, en el capítulo IV; 3) los derechos destinados a la protección de grupos desaventajados estarían mejor ubicados en el capítulo IV que en el III, tal como señalé dos párrafos más arriba (obsérvese, por ejemplo, el texto de los artículos 24 y 32, cuyo objetivo último es el mismo, la protección de los menores, pero figuran en capítulos diferentes). A mi juicio, es muy difícil clasificar los derechos humanos con arreglo a los valores a los que sirven o de acuerdo con cualquier otro criterio material, tal como intenta la Carta, dado que todos los derechos actúan conjuntamente en favor la dignidad humana¹³. A esta idea de acción conjunta se suele aludir cuando se dice que los derechos humanos son «indivisibles», cualidad que la Carta reconoce implícitamente en la medida en que recoge todos los derechos en un único documento, y explícitamente en la Comunicación de la Comisión «Sobre la naturaleza de la Carta de los Derechos Fundamentales de la

«No entiendo tampoco el sentido que tiene sustituir la igualdad [...] por la solidaridad como valor fundamentador de los derechos económicos y sociales» (p. 140) y algo más adelante: «La solidaridad, aun siendo un valor moral y social de gran importancia, no puede justificar o fundamentar derechos sino deberes, y fundamentalmente deberes morales, no jurídicos» (p. 143).

¹² Véase M. E. RODRÍGUEZ PALOP: *La nueva generación de derechos humanos*, Madrid, Dykinson, 2002.

¹³ O de la autonomía o autodeterminación moral o autorrealización humanas; con algunas diferencias que ahora no importan, estos términos, como el de la dignidad, se refieren a lo que es considerado más valioso en el ser humano (C. S. NINO, por ejemplo, enuncia la dignidad, autonomía e inviolabilidad humanas como tríada de principios a los que sirven los derechos humanos, en *Ética y derechos humanos*, Barcelona, Ariel, 1989; recientemente, Liborio Hierro ha definido los derechos humanos aquellos que «corresponden a todo ser humano como condición necesaria para realizarse como sujeto moral...», en L. HIERRO: «¿Qué derechos tenemos?», *Doxa*, núm. 23, 2000, p. 359.

Unión Europea» [COM (2000) 644 final], párrafo 2. En todo caso, si la Carta opta consistentemente por la indivisibilidad de los derechos, la ubicación de éstos en unos u otros capítulos es poco relevante ¹⁴.

3. LA REMISIÓN A LAS LEYES NACIONALES, AL DERECHO COMUNITARIO Y AL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

A lo largo de su texto, la Carta se remite en varias ocasiones a las «leyes nacionales»; estas remisiones, a mi juicio, debilitan el alcance de los derechos afectados por ellas y, además, son impropias de un documento de estas características. Los derechos afectados se garantizan «según las leyes nacionales que regulen su ejercicio» o en términos similares, y son los siguientes: el derecho a contraer matrimonio y a fundar una familia (art. 9), el derecho a la objeción de conciencia (art. 10.2), la libertad de creación de centros docentes (art. 14.3), el derecho a la información y consulta de los trabajadores en las empresas (art. 27), el derecho de negociación y de acción colectiva (art. 28), el derecho de protección en caso de despido injustificado (art. 30), el derecho a la seguridad social y a la ayuda social (art. 34), el derecho a la salud (art. 35) y, en fin, el derecho al acceso a los servicios de interés económico general (art. 36). Obsérvese que se trata de una cantidad significativa de derechos, entre los que se encuentran no sólo derechos sociales, sino también derechos de libertad individual. La Carta se remite también a menudo (por ejemplo, en los artículos 27, 28, 30, 34 y 36) al Derecho comunitario; de estas remisiones puede predicarse buena parte (aunque no todo) de lo que se dice a continuación respecto de la remisión a leyes nacionales.

La remisión a las leyes nacionales debilita los derechos a los que afecta, pues supone que la determinación de su contenido queda pendiente de normas ajenas a la propia Carta, con el agravante de que se trata de leyes que afectan a los nacionales o residentes de cada Estado, de modo que es muy probable que el alcance de tales derechos varíe de unos casos a otros, lo cual supone menoscabar su universalidad. Por supuesto, no ha de negar-

¹⁴ En contra de la idea de indivisibilidad de los derechos humanos, y criticando por ello la inclusión de derechos sociales en la Carta, véase A. V. BOGANDY: «The European Union as a Human Rights Organization?...», cit., p. 1315.

se la posibilidad de que las leyes regulen los derechos fundamentales, pero el hecho de que la remisión a leyes nacionales aparezca expresamente sólo en la enunciación de algunos derechos parece suponer una especial restricción de los mismos. Tampoco se trata de rechazar la pertinencia de cualquier alusión particular a la ley; de hecho, la Carta contiene algunas más de las señaladas en el párrafo anterior pero, a mi juicio, su sentido está justificado por la naturaleza del derecho al que afectan y, sobre todo, porque en principio afectan sólo a la forma de su ejercicio. Es el caso del artículo 3.2, que establece, «en el marco de la medicina y la biología», el respeto del «consentimiento libre e informado de la persona de que se trate, de acuerdo con las modalidades establecidas en la ley», modalidades que, hay que suponer, no afectan al respeto del consentimiento libre e informado; es el caso, también, del artículo 8.2, relativo a la protección de datos personales y a su tratamiento «sobre la base del consentimiento de la persona afectada o en virtud de otro fundamento legítimo previsto por la ley»; y es el caso del artículo 17, que exige que los casos y condiciones de la expropiación, y el uso de los bienes en la medida en que resulte necesario para el interés general, estén fijados por la ley.

Sin embargo, el alcance de los derechos a los que me he referido al principio puede quedar claramente disminuido o puede variar notablemente de unos a otros Estados, dado el sentido de las alusiones a la ley. En el caso del derecho al matrimonio, el artículo 9 lo garantiza «según las leyes nacionales que regulen su ejercicio», remisión excesiva porque, por ejemplo, las leyes nacionales de un Estado podrían establecer la indisolubilidad del matrimonio, de manera que la extensión del derecho sería muy distinta en ese Estado que en otro que permitiese el divorcio. La propia Nota del Presidium explica que «este artículo ni prohíbe ni impone el que se conceda estatuto matrimonial a la unión de personas del mismo sexo», resultando que cuestión tan relevante queda también al arbitrio del legislador estatal. Lo mismo sucede con la objeción de conciencia al servicio militar del artículo 10.2 y con la libertad de creación de centros docentes del artículo 14.3, que se reconocen sólo «de acuerdo con las leyes nacionales que regulen su ejercicio». El resto de derechos afectados por remisiones similares pertenecen al grupo de los económicos y sociales, y a ellos me referiré en un epígrafe posterior.

Además, la remisión específica a las leyes a la hora de establecer el alcance de determinados derechos parece contraria a la posición jurídica



que debe corresponder a una declaración de derechos como es la Carta. Los derechos que ella recoge son materialmente fundamentales, en el sentido en que Alexy utiliza la expresión: «Los derechos fundamentales y las normas iusfundamentales son materialmente fundamentales porque con ellas se toman decisiones sobre la estructura normativa básica del Estado y de la sociedad»¹⁵; en consecuencia, parece lógico que sean también «formalmente fundamentales», esto es, que ocupen una «posición en la cúspide de la estructura escalonada del orden jurídico en tanto derecho directamente vinculante para la legislación, el poder ejecutivo y el poder judicial»¹⁶, como de hecho sucede en la mayoría de los ordenamientos jurídicos occidentales. Las leyes pueden establecer las condiciones de ejercicio de los derechos, pero no pueden determinar su contenido esencial, sino que están limitadas por éste y, en efecto, así lo establece la propia Carta en su artículo 52.1: «Cualquier limitación del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por la presente Carta deberá ser establecida por ley y respetar el contenido esencial de dichos derechos y libertades». La presencia de esta cláusula protectora, similar a la que contienen algunas Constituciones de los Estados miembros, puede servir como barrera a la posible distorsión estatal por vía de ley de los derechos reconocidos en la Carta pero, entonces, cabe seguir cuestionando cuál es el sentido de una remisión explícita a la ley en el caso de los derechos aludidos en párrafos anteriores; habría que suponer que, de acuerdo con el artículo 52.1, afecta sólo a las condiciones de ejercicio del derecho y no a su contenido esencial, aunque ello sigue siendo problemático en los casos del derecho al matrimonio y a la objeción de conciencia y, como veremos, de los derechos sociales, donde la remisión a la ley parece que trata de suplir la falta de definición de tal contenido esencial o bien de reducir su alcance. Sea como sea, hay que insistir en que los derechos fundamentales deben ser iguales para todos, y el hecho de que estos derechos estén desarrollados en normas plurales (tantas como Estados miembros) de rango inferior pone en peligro tal igualdad, como bien saben los ciudadanos de Estados territorialmente descentralizados.

La remisión al Convenio Europeo de derechos humanos y el caso de la pena de muerte. Cuestión distinta es la genérica remisión que hace la Carta al Convenio Europeo de derechos humanos en su artículo 52.3: «En

¹⁵ R. ALEXY: *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, trad. E. Garzón Valdés, p. 505.

¹⁶ R. ALEXY: op. cit., p. 503.

la medida en que la presente Carta contenga derechos que correspondan a derechos garantizados por el Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, su sentido y alcance serán iguales a los que les confiere dicho Convenio. Esta disposición no impide que el Derecho de la Unión conceda una protección más extensa»¹⁷. No juzgaré el acierto genérico de esta remisión, pero creo que es pertinente observar que, con ella, la Carta arrastrará algunos defectos (puede que también virtudes) del Convenio Europeo. En particular, uno de ellos es el modo en que la pena de muerte ha sido abolida; el artículo 2.2 de la Carta establece: «Nadie podrá ser condenado a la pena de muerte ni ejecutado»; esta abolición incondicional debería ser valorada muy positivamente, si no fuera porque no es incondicional, pues la «Nota del Presidium» explica que «debe considerarse que las definiciones «negativas» que figuran en el CEDH también figuran en la Carta», entre ellas el art. 2 del Protocolo n.º 6 del CEDH: «Un Estado podrá prever en su legislación la pena de muerte por actos cometidos en tiempo de guerra o de peligro inminente de guerra...». Obsérvese, además, que el comentario del Presidium es sólo una aclaración concreta que se deriva de la genérica cláusula del art. 52.3 de la Carta. El resultado parece ser la pertinencia de una interpretación restrictiva del art. 2.2, a mi juicio contraria a su propio enunciado literal y, sobre todo, contraria al sentido que debe atribuirse a la abolición de la pena de muerte, que debe entenderse como un correlato de la afirmación del derecho a la vida; la admisión de la pena de muerte en determinados casos (guerra o peligro de guerra) supondría no ya un límite al derecho a la vida, sino la privación total de este derecho para los sometidos a dicha pena, de manera que el contenido esencial del derecho a la vida quedaría menoscabado. Sería una pena que la interpretación que prevaleciese fuera la que se deriva de las aclaraciones del Presidium; se perdería así una buena oportunidad para mostrar al resto del mundo, y de

¹⁷ La cuestión de la relación entre la Carta y el Convenio Europeo de derechos humanos, que no es objeto de este trabajo, ha sido una de las favoritas de los comentaristas. Véase, por ejemplo, A. SÁIZ ARNAIZ: «La Carta de los Derechos fundamentales de la Unión Europea: entre el Derecho comunitario y el Derecho internacional de los derechos humanos», en *Azpilcueta. Cuadernos de Derecho*, núm. 17, 2001, pp. 41-47; P. RUIZ-JARABO: «La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y su renuncia a regular la competencia de los tribunales Comunitario y de Derechos Humanos: ¿virtud o defecto?», en *Noticias de la Unión Europea*, núm. 207, 2002, pp. 9-23; o M. PILLORENS, *La Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea*, cit., capítulo IV.



modo muy especial a los Estados Unidos de América, la incondicional renuncia europea a la pena capital¹⁸.

4. LOS DERECHOS DE CIUDADANÍA

La Carta dedica su capítulo V a los derechos de ciudadanía. En este punto la Convención ha seguido el mandato del Consejo europeo de Colonia, en el que se lee: «La Carta deberá contener asimismo los derechos básicos que corresponden únicamente a los ciudadanos de la Unión». Por tanto, a primera vista, este capítulo viene determinado por un criterio distinto al de los demás: no se trata de un criterio material o del valor al que sirven los derechos, sino de la titularidad de los mismos, que corresponde al ciudadano europeo; así es, en efecto, en algunos casos, pero no en todos: son derechos exclusivos de los ciudadanos europeos los derechos a ser elector y elegible en las elecciones al Parlamento Europeo (art. 39), a ser elector y elegible en las elecciones municipales (art. 40), a la libertad de circulación y residencia (art. 45) y a la protección diplomática y consular (art. 46); sin embargo, la titularidad de los derechos de acceso a los documentos de las instituciones europeas (art. 42) de acceso al Defensor del Pueblo (art. 43) y de petición ante el Parlamento Europeo (art. 44) se extiende también a toda persona física o jurídica que resida o tenga su domicilio social en un Estado miembro, del mismo modo que la libertad de circulación y residencia «podrá» concederse a nacionales de terceros países que residan legalmente en el territorio de un Estado miembro; por último, el derecho a una buena administración (art. 41) corresponde a «toda persona». Por tanto, en cuanto a la titularidad, los derechos de ciudadanía no son homogéneos, pues encontramos tres grupos de titulares distintos: ciudadanos de la Unión, ciudadanos de la Unión y residentes, y todas las personas. Si el criterio de adscripción de los derechos del capítulo V debía ser la ciudadanía, esta diversidad de titulares debe considerarse como un defecto de estructura; en cuanto a la atribución de derechos fundamentales a personas jurídicas, es cuestión cuando menos discutible.

¹⁸ Véase L. MARTÍN-RETORTILLO: *La Europa de los derechos humanos*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998, pp. 56-59, sobre la abolición de la pena de muerte como símbolo de la evolución europea en materia de derechos humanos, sobre todo por contraste con la evolución norteamericana.

No obstante, el problema principal que plantea el capítulo V es el de la corrección misma de la categoría «derechos de ciudadanía», porque pone en cuestión un elemento supuestamente esencial del concepto de derechos humanos: su universalidad. Los derechos humanos fueron concebidos desde un principio como derechos de todos los seres humanos, con independencia de cualesquiera otras circunstancias. Esta universalidad, postulada por el iusnaturalismo racionalista del siglo XVIII, se expresó ya en las primeras declaraciones de derechos, y así la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano empezaba proclamando que «los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos», del mismo modo que lo hacían las ligeramente anteriores declaraciones norteamericanas. Es cierto que el propio título de la declaración francesa de 1789 (derechos «del hombre y del ciudadano») parecía dar a entender que algunos derechos eran de titularidad exclusivamente ciudadana, y así lo ha interpretado una buena parte de la historiografía constitucional; sin embargo, también es posible entender que la distinción entre el *hombre* y el *ciudadano* es la que media entre el estado de naturaleza y la sociedad política: los derechos del hombre serían los derechos naturales y los derechos del ciudadano serían esos mismos derechos reformulados jurídicamente tras el pacto político; vistas las cosas de este modo, la ciudadanía no debía actuar como fundamento de discriminación en la titularidad de derechos (entre ciudadanos y extranjeros), sino como estatuto común a todos aquéllos individuos que conviven bajo la autoridad de un mismo poder político, expresión de la igualdad jurídica entre todos ellos y de la posición de igual respeto que merecen por parte de un poder político de origen democrático¹⁹.

Sin embargo, la ciudadanía se ha convertido en la categoría que justifica la discriminación de los extranjeros respecto de los nacionales (ciudadanos) en el disfrute de un buen número de derechos humanos, en especial los derechos políticos y el derecho de libre circulación y residencia. Esta concepción restrictiva de la ciudadanía puede tratar de justificarse, y así suele hacerse, con base en criterios utilitarios; en el caso del derecho a la

¹⁹ Véase esta interpretación en G. PECES-BARBA y R. GARCÍA MANRIQUE: «Los textos de la Revolución Francesa», en VV. AA., *Historia de los derechos fundamentales*, Madrid, Dykinson y Universidad Carlos III, 2001, t. II, vol. III, pp. 253-255. Así, cabe interpretar que la Declaración francesa equipara implícitamente al hombre y al ciudadano, ignorando la categoría del extranjero; de hecho, la Constitución francesa de 1791 (en su título VI) equiparó a los extranjeros con los nacionales en términos bastante amplios, y la Constitución de 1793 (en su artículo 4) concedió los derechos políticos a los extranjeros residentes.

libre circulación y residencia, por ejemplo, se aduce que no sería posible mantener el nivel de vida de los nacionales de un Estado (o de un grupo de Estados, como es la Unión Europea) si se permitiese la libre entrada de los extranjeros (de los extranjeros *pobres*, claro está), puesto que, siendo más a repartir los recursos disponibles, el nivel de vida bajaría para todos o para la mayoría. Tendríamos, pues, un argumento así: la concesión del derecho de libre circulación y residencia a los extranjeros supondría un aumento de los residentes en el país; un aumento de los residentes en el país supondría una bajada general del nivel de vida en el país; una bajada general del nivel de vida en el país no es deseable; por tanto, no debemos conceder el derecho de libre circulación y residencia a los extranjeros. Es discutible que este argumento sea correcto: habría, por ejemplo, que evaluar cuánto bajaría el nivel de vida de los que ya residían en el país antes de la concesión de la libertad de circulación y residencia a los extranjeros, y cuánto subiría el nivel de vida de los nuevos residentes, pues bien podría ser que esta subida compensase con creces aquella bajada si el resultado final fuese que aumentara el número de personas por encima del umbral de pobreza. Además, habría que justificar por qué los intereses de los nacionales deberían valer más que los intereses de los extranjeros, cosa difícil en términos de cálculo utilitario. Todo ello sería muy complicado, pero en realidad irrelevante a la hora de justificar la discriminación en la titularidad de determinados derechos humanos con base en la posesión o no de una determinada nacionalidad, y esto por dos razones: en primer lugar, porque un derecho humano es, por definición, un derecho de titularidad universal; y, segundo, porque «si alguien tiene derecho a algo, está mal que el gobierno se lo niegue, aunque negárselo favoreciera el interés general»²⁰; o, con otras palabras, porque «reconocer que la satisfacción de determinadas necesidades puede articularse en forma de derecho fundamental supone sencillamente aceptar que los sujetos titulares deben ser atendidos en su pretensión aun cuando con ello no se maximice el interés general [...]; la consecuencia inmediata de diseñar derechos [...] es que la realización del contenido protegido queda al margen del cálculo de utilidad y, por supuesto, de cualquier otra justificación general»²¹. Así que tenemos dos posibilidades: o bien los derechos de ciudadanía son excluidos del catálogo de los derechos humanos, o bien, si son considerados derechos humanos, deben ser atribuidos a todos los indi-

²⁰ R. DWORKIN: *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 1984, trad. M. Guastavino, p. 384.

²¹ L. PRIETO: *Estudios sobre derechos fundamentales*, cit., p. 47.

viduos, sin distinción de nacionalidad, con lo que la categoría de «derechos de ciudadanía» perdería su razón de ser. Sólo en algunos casos es posible atribuir algunos derechos humanos a ciertos grupos, en función de la existencia de necesidades básicas específicas que requieren derechos básicos específicos; tal es el caso de los derechos de las mujeres, de los trabajadores o de los niños. En cambio, si la titularidad de algunos derechos humanos es asociada con alguna circunstancia de otro tipo, tal universalidad resulta violada. Reservar algunos derechos humanos a los ciudadanos es, por tanto, contradictorio con la propia idea de derechos humanos, como en su momento lo fue la discriminación respecto de su titularidad basada en la posición social, la raza o el sexo: la extranjería aparece hoy como la última exclusión, moralmente tan injustificada como la exclusión económica, racial o sexual. Luigi Ferrajoli ha escrito que «esta antinomia entre igualdad y ciudadanía, entre el universalismo de los derechos y sus confines estatistas, tendrá que resolverse con la superación de la ciudadanía, la definitiva desnacionalización de los derechos fundamentales y la correlativa desestatización de las nacionalidades»²²; y, como ha apuntado Luis María Díez-Picazo, «no deja de ser preocupante que el discurso de la ciudadanía se haya puesto de moda en Europa precisamente en el momento en que el continente ha dejado de ser una tierra de colonizadores para comenzar a ser tierra de destino de masas de desheredados»²³.

En los párrafos anteriores me he referido a los derechos *humanos*, cuando la Carta objeto de comentario es una Carta de derechos *fundamentales*. Merece la pena aclarar que uso ambos términos como sinónimos, y no debe verse aquí confusión alguna, sino una opción expresa, consciente de los argumentos que se ofrecen, sobre todo en el ámbito de la dogmática constitucional, con el fin de justificar la distinción entre ambas expresiones y, sobre todo, consistente a mi juicio con las intenciones de la propia Carta, de cuyo Preámbulo se deduce la conexión entre la dignidad humana y los derechos que después enuncia, conexión que permite calificar a estos derechos como «derechos humanos»²⁴. Puede aceptarse que la categoría de los derechos

²² L. FERRAJOLI: *Derechos y garantías: la ley del más débil*, Madrid, Trotta, 1999, trad. P. Andrés y A. Greppi, p. 57.

²³ L. M. Díez-PICAZO: *Constitucionalismo en la Unión Europea*, cit., p. 29.

²⁴ Sobre la identificación de las categorías de derechos humanos y derechos fundamentales, véase G. PECES-BARBA y otros: *Curso de derechos fundamentales*, Madrid, Universidad Carlos III y BOE, 1995, pp. 36-38. Una crítica de esta identificación puede verse en M. C. BARRANCO: *El discurso de los derechos*, Madrid, Universidad Carlos III y Dykinson, 1996, p. 77.

humanos se reserve al ámbito de la moralidad política y/o del Derecho internacional y que la categoría de los derechos fundamentales se reserve al ámbito del Derecho constitucional²⁵, pero no me parece conveniente definir la segunda con independencia de la primera, a riesgo de ser caracterizada con rasgos exclusivamente formales, caracterización que me parece contradictoria con la génesis y evolución histórica de la idea²⁶. En consecuencia, es posible distinguir entre derechos humanos y derechos fundamentales de esta manera: los derechos humanos garantizan la dignidad humana; los derechos fundamentales son aquellos derechos humanos reconocidos constitucionalmente y/o dotados de ciertos atributos que los convierten en derechos fuertemente protegidos y los sitúan en una posición elevada dentro de la jerarquía del ordenamiento jurídico. Si aceptamos esta distinción, renunciando a una caracterización estrictamente formal de los derechos fundamentales, entonces deberemos aceptar también que éstos deben ser necesariamente universales, pues los derechos humanos lo son; siendo así, el hecho de que una determinada Constitución no atribuya titularidad universal a un derecho que considera «fundamental» constituye un uso erróneo de la categoría «derecho fundamental». Si, por el contrario, se prefiere recurrir a un concepto formal de derechos fundamentales, basado sólo en la posición jurídica que ocupan las normas en que son reconocidos y en los procedimientos jurídicos de protección de los derechos, habrá que variar el modo de expresión y decir, por ejemplo, «X es un derecho fundamental, pero no debería serlo porque no es de titularidad universal»; «X es un derecho fundamental y, por tanto, debería ser de titularidad universal»; «X es un derecho fundamental, pero no debería serlo porque no está vinculado con la dignidad humana»; o «X no es un derecho fundamental, pero debería serlo porque está vinculado con la dignidad humana». Lo que quiero decir, en síntesis, es que, aun siendo los derechos fundamentales el contenido de ciertas normas jurídicas, no es posible hablar de ellos sin tener en cuenta elementos del discurso moral²⁷.

²⁵ Sobre la cuestión, véase, por ejemplo, A. E. PÉREZ LUÑO: *Los derechos fundamentales*, cit., pp. 43-51, y P. CRUZ VILLALÓN: «Formación y evolución de los derechos fundamentales», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 25, 1989, pp. 36-43. También la recensión de G. ESCOBAR a *Derechos y garantías*, de LUIGI FERRAJOLI, en *Derechos y Libertades*, núm. 9, 2000, pp. 521-534, además del citado trabajo de M. C. BARRANCO.

²⁶ Sin embargo, véase R. ALEXY: *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., p. 65, que opta por un criterio formal de identificación de las normas de derechos fundamentales, si bien su teoría es una teoría de los derechos fundamentales de la *Ley Fundamental alemana*.

²⁷ Lo cual puede ser calificado como una concepción «dualista» de los derechos, tal como ha sido denominada por el profesor Peces-Barba. Sobre el dualismo como concepción de los derechos

Por consiguiente, creo que la Carta europea de derechos comete un error teórico al atribuir derechos fundamentales a un grupo determinado de individuos, el de los ciudadanos europeos, un error teórico cuya consecuencia práctica es la generación de una discriminación injustificada. De acuerdo con la propuesta del párrafo anterior, los derechos considerados fundamentales por su contenido deben atribuirse a todos los seres humanos y no sólo a algunos de ellos (a salvo de los derechos vinculados con necesidades básicas específicas, lo que no es el caso); por tanto, si se quería prescindir de la universalidad de los derechos del capítulo V, como así ha sido, habría que haber justificado que estos derechos no son fundamentales pero, entonces, no deberían haber sido incluidos en la Carta. En consecuencia, la opción de sus redactores me parece incoherente (aunque esta incoherencia sea predicable también de muchos legisladores constitucionales); hubieran debido optar entre expulsar los derechos de los ciudadanos del contenido de la Carta o redefinir la ciudadanía europea, atribuyéndosela a todos los residentes en alguno de los Estados miembros, además de atribuir el derecho a la libertad de circulación y residencia a todos los seres humanos sin distinción; pero no han hecho ninguna de estas cosas, sino que han mantenido el carácter fundamental de los derechos del capítulo V al tiempo que han mantenido la tradicional concepción restrictiva de la ciudadanía. Así se corre el riesgo advertido por Ferrajoli de que la ciudadanía (la europea en este caso) no sea «una categoría de la democracia basada en la expansión de los derechos», sino «una idea regresiva y a la larga ilusoria de la democracia en un solo país», es decir, no un «factor de inclusión y de igualdad», sino la representación del «último privilegio de *status*, el último factor de exclusión y discriminación, el último residuo premoderno de la desigualdad personal en contraposición a la proclamada universalidad e igualdad de los derechos fundamentales»²⁸.

fundamentales, véase R. DE ASÍS, *Sobre el concepto y fundamento de los derechos: una aproximación dualista*, cit.

²⁸ L. FERRAJOLI, *Derechos y garantías*, cit., pp. 57 y 117. Sobre la cuestión del reconocimiento de los derechos de la ciudadanía en la Carta, véanse también E. BRIBOSIA, «La protection des droits fondamentaux», en P. Magnette (ed.), *La Constitution de l'Europe*, Bruselas, Institute d'Études Européennes de l'Université de Bruxelles, 2000, pp. 122-124; y C. BLUMANN; «Vers une Chart des droits fondamentaux de l'Union européenne», en *Terroires & Liberté: Mélanges en hommage du Doyen Yves Madiot*, Bruselas, Bruylant, 2001, pp. 205-207.



5. LA VAGUEDAD DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS Y SOCIALES

La inclusión de los derechos económicos y sociales en la Carta es, en principio, uno de sus valores. El mandato de Colonia no era muy claro en este punto: si los derechos de libertad, igualdad, proceso y ciudadanía debían ser «contenidos», los derechos económicos y sociales debían simplemente ser «tomados en consideración», expresión que dejaba en el aire el modo en que estos derechos debían ser tratados por la Carta, ponía de manifiesto su aspecto más conflictivo y generaba preocupación por la manera en que finalmente aparecerían recogidos, pues su ausencia o un reconocimiento demasiado débil violaría las cualidades de indivisibilidad, indisociabilidad o interdependencia, propias de los derechos humanos, y ya reconocidas con anterioridad por la propia Unión Europea, por ejemplo en su primer Informe anual sobre los derechos humanos, de 11 de octubre de 1999²⁹. Sin embargo, la Convención, con buen criterio, les dedicó un capítulo específico (aunque con la errónea denominación de «derechos de solidaridad»).

El reconocimiento de los derechos económicos y sociales es suficientemente amplio en cuanto a su número, pero es vago en cuanto a su alcance, debido a que, o bien se hace depender de la voluntad de los Estados miembros mediante la remisión a las «legislaciones y prácticas nacionales», o bien se establece en términos imprecisos de los que difícilmente puede extraerse un contenido mínimo que pueda considerarse suficiente. En general, es cierto que las normas que establecen derechos económicos y sociales tienen una tendencia lógica e inevitable a la vaguedad, dado que se trata de normas que promueven la acción de los poderes públicos, y ésta no puede ser definida con antelación en términos precisos. No obstante, en algunos casos podría haberse reducido notablemente; por ejemplo, el artículo 32 prohíbe el trabajo infantil, pero fija como edad mínima de admisión al trabajo una que no sea inferior a la edad en que concluye la escolaridad obligatoria, cuando resulta que el artículo 14, dedicado al derecho a la educación, tampoco fija la edad en que debe concluir la escolaridad obligatoria; otro ejemplo es el del artículo 25, que estipula que las personas mayo-

²⁹ Véanse, por ejemplo, los trabajos de C. BLUMANN: «Vers une Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne», cit., pp. 208-209; E. BRIBOSIA: «La protection des droits fondamentaux», cit., p. 126; o A. LYON-CAEN: «Les droits économiques et sociaux», en *Regards sur l'actualité*, núm. 264, 2000, pp. 48-51.

res tienen derecho a «llevar una vida digna e independiente», sin incluir alusión alguna al derecho a una pensión adecuada como, en cambio, sí hace la Constitución Española en su artículo 50; otros artículos tratan de paliar la vaguedad tradicional de la enunciación de estos derechos con una referencia, de dudosa eficacia, al «alto nivel» de protección (de la salud, art. 35; del medio ambiente, art. 37; o de los consumidores, art. 38). Cabría aducir que la vaguedad del reconocimiento de los derechos económicos y sociales podría incluso favorecer un mayor desarrollo de los mismos por parte del legislador comunitario y nacional, siempre que éste estuviese dispuesto a ello (piénsese en el alto grado de desarrollo que podría alcanzar un artículo como el 31.1, que atribuye a los trabajadores el derecho de trabajar en «condiciones que respeten su salud, su seguridad y su dignidad»); pero ésta no es la técnica propia de los derechos fundamentales, que deben constituirse precisamente en límites al ejercicio del legislador, aunque en el caso de los derechos económicos y sociales tales límites tengan un sentido y alcance distinto al del caso de los derechos de libertad.

De todos modos, quizá lo más grave es el hecho de la ya comentada remisión a las leyes nacionales, que vacía de contenido algunos de los derechos del capítulo IV. Tal es el caso de los derechos a la información y consulta de los trabajadores (art. 27), a la acción colectiva de los trabajadores (art. 28), a la protección en caso de despido injustificado (art. 28), a la seguridad social (art. 34), a la salud (art. 35) y al acceso a los servicios de interés económico general (art. 36). En cualquiera de estos casos, parece que lo correcto hubiera sido exigir que las «prácticas y legislaciones nacionales» se adapten a la Carta de manera que garanticen los derechos que ella reconoce, y no establecer que tales derechos serán reconocidos «en las condiciones establecidas por las legislaciones y prácticas nacionales», condiciones que, como es obvio, pueden ser claramente insuficientes para la satisfacción de las necesidades básicas de las personas.

Se trata, por tanto, de un reconocimiento débil que, a mi juicio, debe valorarse negativamente³⁰. Desde luego, había una razón que lo explicaba: la intención de no imponer obligaciones financieras ni políticas sociales

³⁰ Lo que no me parece apropiado es diferir tal valoración a la «continuación que tengan esas opciones [las de la Carta en materia de derechos sociales] en el ordenamiento comunitario», tal como hace TIZIANO TREU: «Derechos sociales europeos: dónde estamos», en A. Marzal (ed.), *Los derechos humanos en la Unión Europea*, cit., p. 151. No me parece apropiado por el ya señalado carácter supremo que debe atribuirse a una declaración de derechos, cuyo valor no puede depender del modo en que sea desarrollada.

concretas a los Estados miembros o a la propia Unión Europea y de no impedir la *flexibilidad* de las actividades empresariales³¹. Sin embargo, políticas sociales concretas y ciertas restricciones de la economía de mercado es precisamente lo que estos derechos requieren para ser efectivos o, con otras palabras, para no perder su sentido. El equilibrio entre un catálogo asumible por los Estados miembros y un catálogo que no defraude las expectativas de la opinión pública al que se refiere Rodríguez Bereijo en su trabajo citado es difícil de conseguir si los Estados miembros no están dispuestos a garantizar la vigencia de los derechos sociales y si la opinión pública entiende que tales derechos deben formar parte del catálogo de los derechos humanos. Reconocer estos derechos y a la vez renunciar a imponer obligaciones financieras y políticas sociales no es, por tanto, una virtud de la Carta, como algunos comentaristas han señalado³², sino una contradicción. Como ya señalé al referirme genéricamente a las remisiones a la legislación nacional y comunitaria de la Carta, en su día veremos si la interpretación y aplicación de la cláusula del contenido esencial del artículo 52 permite dotar de algún contenido concreto a estos derechos o, más bien, confirma que no lo tienen.

En síntesis, si bien es cierto que la Carta reconoce en un mismo documento los derechos liberales clásicos y los derechos económicos y sociales, no llega a atribuir a ambos una fuerza equivalente: los segundos son derechos jurídicamente más *débiles* que los primeros, en la medida en que no han sido definidos con precisión y en que sólo pueden exigirse en función de lo que los ordenamientos jurídicos nacionales establezcan, debilidad que permite poner en cuestión su propia naturaleza de «derechos». Es dudoso, por tanto, que la Carta haya aprovechado la ocasión de hacer realidad el figuradamente autoimpuesto ideal de la indivisibilidad de los derechos humanos. Si en el caso de los derechos de ciudadanía lo que falla es la universalidad, en el caso de los derechos económicos y sociales lo que falla es su articulación como auténticos «derechos».

³¹ Véase A. RODRÍGUEZ BEREIJO: «La Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea», cit., pp. 49 y 52.

³² Es el caso, parece, de L. M. DíEZ-PICAZO: *Constitucionalismo de la Unión Europea*, cit., p. 32.

6. LA AUSENCIA DE DERECHOS POLÍTICOS

En contradicción con lo que dice la Comunicación de la Comisión Europea «Sobre la naturaleza de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea» en su párrafo 2, la Carta no reconoce algunos derechos políticos genuinos, sino sólo el derecho de todos los ciudadanos europeos a participar en las elecciones municipales y al Parlamento europeo, pero no un más genérico derecho a participar en la elección de los gobernantes, es decir, no exige un sistema político democrático, dado que las máximas instituciones del mismo no son, hoy, ni los municipios ni el Parlamento europeo; la razón es, seguramente, el ámbito de aplicación de la Carta, establecido por el artículo 51.1 («Las disposiciones de la presente Carta están dirigidas a las instituciones y órganos de la Unión, respetando el principio de la subsidiariedad, así como a los Estados miembros únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión»). Respecto de esta ausencia, me limitaré a formular tres observaciones breves. En primer lugar, los derechos políticos son (o deben ser) derechos fundamentales, luego ningún catálogo de derechos fundamentales estará completo sin su reconocimiento; con otras palabras, no hay vigencia plena de los derechos fundamentales sin la existencia de un sistema político democrático. En segundo lugar, la Carta, en tanto «pieza de arquitectura constitucional», tiene un grave defecto: le faltan los derechos políticos, pues no es imaginable una Constitución europea no democrática. En tercer lugar, este defecto de la Carta nos hace recordar el principal déficit de las instituciones europeas: no son instituciones suficientemente democráticas.

7. LA PROPIEDAD NO ES (O NO DEBE SER) UN DERECHO FUNDAMENTAL

El artículo 17 de la Carta reconoce el derecho de toda persona «a disfrutar de la propiedad de sus bienes adquiridos legalmente, a usarlos, a disponer de ellos y a legarlos». Sin embargo, el derecho de propiedad privada no puede ser un derecho fundamental, por la sencilla razón de que, con expresión del profesor Peces-Barba, es de «imposible contenido igualitario», esto es, no puede ser disfrutado en condiciones de igualdad por todas las personas, con lo que contradice el concepto de derecho fundamental.

Esta esencia desigualitaria y no universalista del derecho de propiedad se pone de manifiesto en la propia redacción de la Carta, que supedita su disfrute a actos de derecho privado (la propiedad lo es de «bienes adquiridos legalmente») y no a la pertenencia de sus titulares al género humano³³. Ni siquiera un supuesto «derecho a adquirir propiedad» (al que la Carta, por cierto, no alude) debería figurar en el catálogo de los derechos fundamentales pues, aunque formalmente pueda ser de titularidad universal³⁴, genera necesariamente un disfrute desigual (sin el que la propiedad privada no tendría, creo yo, razón de ser) contrario a los ideales igualitarios que inspiran la idea de los derechos humanos. Además, el derecho a legar bienes, incluido también en el artículo, es contrario de manera especial al principio de igualdad de oportunidades, pues sitúa a las personas en posiciones vitales iniciales claramente diferenciadas. Bien es cierto que tal principio no aparece en el texto de la Carta europea (salvo que se entienda incluido en la genérica referencia del Preámbulo al valor de la «igualdad»), pero también lo es que los derechos humanos están vinculados conceptualmente con él.

La propiedad privada está reconocida como derecho fundamental por el Convenio Europeo de derechos humanos y por buena parte de las constituciones de los Estados europeos; además, constituye una pieza esencial de la estructura económica capitalista propia de las sociedades occidentales y está en la base de la tradición del liberalismo económico que inspira las instituciones y políticas comunitarias. Sin embargo, todo ello no constituye razón alguna para justificar el carácter fundamental del derecho de propiedad privada, pues un derecho fundamental lo es (o debe serlo) sólo si está basado en ciertas razones morales, entre ellas la universalidad o capacidad para ser universal, cualidad que la propiedad privada, insisto, no tiene³⁵. Cuestión distinta es que la propiedad privada, la herencia y el libe-

³³ Véase la diferencia entre derechos fundamentales y derechos patrimoniales que traza FERRAJOLI en *Derechos y garantías*, cit., pp. 45-50.

³⁴ Véase de nuevo FERRAJOLI, op. cit., p. 45.

³⁵ Puede verse un argumento contrario a éste (además de mucho más desarrollado) en F. REY MARTÍNEZ: *La propiedad privada en la Constitución Española*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1994, cap. II (la argumentación está resumida en la p. 141). En síntesis, no estoy de acuerdo en la importancia que el autor atribuye a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas a la hora de determinar si un derecho es o no es «materialmente» fundamental; tampoco estoy de acuerdo con la fundamentación de la propiedad privada basada en su calidad de condición necesaria para la libertad, la igualdad y la democracia; y, en fin, no puedo estar de acuerdo con su apreciación de que «nadie discute ya, seriamente, confrontándola con una cosmovisión distinta, su carácter fundamental en el sistema económico-social» (p. 189); si lo he entendido bien, afirmar esto supone ignorar una buena parte de la filosofía

ralismo económico vinculado con ellas se consideren instituciones apropiadas en determinadas condiciones, momentos o lugares, por ejemplo para fomentar el progreso material que toda sociedad necesita para que todos sus miembros puedan satisfacer sus necesidades básicas en condiciones de igualdad (si no lo interpreto mal, este es el papel que el liberalismo igualitario contemporáneo, representado sobre todo por la obra de Rawls, les reserva). Así puede ocurrir, pero tampoco así se justifica el carácter fundamental del derecho de propiedad, sino sólo su pertinencia circunstancial desde el punto de vista de la política económica. En el caso de que se considere que esa pertinencia no es circunstancial sino permanente, entonces quizá haya que plantearse la factibilidad del ideal último que inspira los derechos humanos: la posibilidad de que todos los seres humanos puedan satisfacer en condiciones de igualdad las exigencias de su dignidad.

De todos modos, la Carta incluye la cláusula de la función social de la propiedad privada, redactada con estas palabras (art. 17.1 *in fine*): «El uso de los bienes podrá regularse por ley en la medida que resulte necesario para el interés general». A mi juicio, esta cláusula, habitual en las constituciones europeas, revela dos cosas: una, la tensión que existe entre el reconocimiento de la propiedad privada como derecho fundamental y el ideal igualitario que inspira los derechos fundamentales; y dos, el carácter meramente instrumental del que, a nivel teórico, es muy difícil privar a la propiedad. Es muy probable que la lucha contra la desigualdad que necesariamente genera la propiedad privada tenga más éxito si se lleva al terreno de la aplicación de cláusulas como ésta que si gira en torno a su consideración o no como derecho fundamental ³⁶.

8. CONCLUSIÓN: VALORACIÓN DE LA CARTA

La valoración de la Carta europea de derechos debe ponderar sus virtudes y sus defectos. Entre sus virtudes figuran: su elaboración por parte de

política y moral contemporánea que, con toda probabilidad, ha sido elaborada tan *seriamente* como su libro. Como muestra, puede verse la compilación de R. GARGARELLA y F. OVEJERO: *Razones para el socialismo*, Barcelona, Paidós, 2001 (con trabajos de Cohen, Schweickart, Bowles y Gintis, Roemer, Phillips y Wright).

³⁶ Éste parece ser el sentido del comentario de Escobar a la tesis de Ferrajoli sobre el carácter no fundamental del derecho de propiedad (G. ESCOBAR: *recensión a Derechos y garantías*, cit., pp. 524-525).



un órgano de carácter deliberativo y de origen pseudodemocrático; la claridad y sencillez con las que se enuncian los derechos; y el amplio catálogo de derechos reconocidos, en especial el reconocimiento conjunto de libertades y de derechos económicos y sociales. Entre sus defectos, cabe destacar: la forma en que su estructura vincula los derechos reconocidos con determinados valores (libertad, igualdad, solidaridad); la excesiva remisión a las leyes nacionales; la inclusión de derechos de ciudadanía y de los derechos de propiedad y herencia; la debilidad del reconocimiento de los derechos económicos y sociales; y la ausencia de genuinos derechos políticos. Cada uno podrá ponderar estas virtudes y defectos, pero teniendo en cuenta una premisa: la mera proclamación de una Carta de derechos no debe considerarse, por sí misma, como un gran paso adelante, pues las declaraciones de derechos tienen ya más de dos siglos de antigüedad en Europa. A comienzos del siglo XXI, una comunidad política avanzada debe exigirse a sí misma algo más que una declaración de derechos: debe exigirse una *buena* declaración de derechos.

